

EL CRONISTA

Director
Santiago Muñoz Machado

índice del Estado Social y Democrático de Derecho

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN
Derecho al paisaje, derecho entrañable

MANUEL ATIENZA
El argumento de autoridad en el Derecho

EMILIO GUICHOT
Transparencia en la Administración

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Energía nuclear en el Estado democrático
de Derecho

GUILLERMO VELASCO FABRA
Responsabilidad de los auditores

ALBERTO GIL SORIANO
Amnistía fiscal

TÓMAS CANO CAMPOS
Imprescriptibilidad de las sanciones

ENRIQUE GUILLÉN
El 15-M



EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA

EMILIO GUICHOT*

I. LA APROBACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

El Gobierno aprobó el 23 de marzo, en primera lectura, el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno¹, y el 18 de mayo, en segunda, tras someterlo a un procedimiento de consulta pública entre los días 26 de marzo y 10 de abril. Entre uno y otro texto se han introducido modificaciones como resultado de la propia iniciativa gubernamental, de algunas sugerencias recibidas a través del procedimiento de consulta pública, y por otras vías de debate e influencia, desde artículos de prensa hasta jornadas de estudio, conferencias, etc., que se han ido organizando en número considerable en este período, y que dan cuenta de la importancia que las Administraciones, los centros de estudio e investigación, los académicos y, en fin, la sociedad, dan a este Anteproyecto. Al respecto, hay que hacer especial referencia a la promoción por parte del Gobierno de un Gru-

po de expertos en la materia, entre los cuales tengo el honor de encontrarme, en el seno del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, para la realización de un examen crítico y con formulación de propuestas. El momento actual de la tramitación es el de remisión a la Agencia Española de Protección de Datos y al Consejo de Estado para que evacuen sus respectivos informes.

Se trata de una iniciativa cuya importancia política y jurídica es difícil exagerar. Evidentemente, una Ley como ésta no cambia por sí sola una sociedad, si no va acompañada de una mejora en la ética pública (de gobernantes y gobernados) o, al menos, de garantías efectivas de su cumplimiento. Pero, sin duda, una Ley de Transparencia es la ley más importante que puede aprobarse para lograr una mejor gestión, una mayor participación y, por ende, un menor grado de corrupción. Como le escuché recientemente al Presidente de la Comisión para la Transparencia de Chile, una buena gestión del propio cuerpo conduciría a llevar siempre una vida sana, pero no es casual que sea en primavera cuando se llenan los gimnasios, y en otoño cuando se despueblan: el sometimiento a la mirada ajena tiene claros efectos motivadores. O, en la frase clásica del Juez Brandeis, "se dice que la luz del sol es el mejor de los desinfectantes".

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.
¹ <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm>



EL SENTIDO DE LA TRANSPARENCIA Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO²

La necesidad de transparencia de las actuaciones públicas se ha ido convirtiendo en una exigencia cada vez más insistente por parte de actores cualificados: estudiosos, periodistas, organizaciones no gubernamentales, etc. En las sociedades complejas de finales del segundo milenio y comienzos del tercero se ha ido generalizando la idea de que una sociedad democrática requiere que los ciudadanos, por sí mismos y a través de los medios de comunicación social, puedan conocer con la mayor amplitud cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, controlarlos, detectar los malos funcionamientos y mejorar así la calidad de la gestión pública. Se trata, además, de un tema que parece estar al margen de las diferentes ideologías políticas o mejor dicho, ser ajeno a ellas, en la medida en que conecta con la base misma que permite su expresión, esto es, con la democracia.

Los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo desde una perspectiva democrática. El movimiento fue liderado por los países escandinavos y por Estados Unidos y los países de su área de influencia anglosfona. Entre finales de los setenta y principios de los noventa, se expandió entre los países latinos de la Europa occidental. A finales de los noventa y principios del siglo XXI hubo una auténtica eclosión y se generalizó la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella, entre ellos, Reino Unido y Alemania; en los países de Europa y de Asia que se encontraban en la órbita o integrados en la Unión Soviética hasta la caída del muro de Berlín, incluida recientemente la propia Rusia, y en las restantes zonas de América Central y del Sur, Asia, África y Oceanía. A todas estas regulaciones nacionales, que se acercan al centenar, se le suman más del doble de normas subnacionales y la regulación de acceso a la información en poder de la Unión Europea y un instrumento regional europeo de especial importancia que ha estado muy presente en la redacción del Anteproyecto el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, que establece un mínimo estándar

² Remítase la remisión a mis trabajos *Transparencia y acceso a la información* en el *Derecho europeo*, Global Law Press/Editorial Derecho Global, 2011, y *Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América*, *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio 2012, pp. 135-188, y la bibliografía allí citada.

europeo³. Puede decirse, pues, que se ha generalizado a nivel mundial la existencia de leyes de transparencia y acceso a la información. Los países política, social y económicamente más desarrollados actuaron como pioneros, pero, en la actualidad, países de todos los continentes se han sumado a este movimiento, con leyes en muchos casos más completas y actualizadas debido precisamente a su fecha de aprobación, mientras que en los países pioneros la inmensa mayoría de las leyes originales se han ido modificando, muy en especial para adaptarse a nuevas realidades, como la reutilización de la información pública y la aparición de las nuevas tecnologías de la información.

La expansión de este género de normas en los últimos años ha ido, en definitiva, asociada a la generalización de la democracia representativa. No obstante, en la mayoría de las ocasiones, ha debido concurrir una labor activa de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción de la transparencia; de las asociaciones de periodistas y de los medios de comunicación y, en un grado difícil de discernir, de la doctrina académica. Ni siquiera esos factores han sido siempre suficientes, pues se ha necesitado, las más de las veces, un impulso político nacido en contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental –el caso de Estados Unidos, y la “reactivación” de la Ley tras la crisis del Watergate, o de la Unión Europea, y la aprobación del Reglamento 1049/2001 como respuestas a una opinión pública especialmente crítica en relación con el oscurantismo; la corrupción y el déficit democrático de las instituciones son ilustrativos– o de nacimiento de nuevas democracias o de apertura gradual de regímenes opacos –véase la cronología de su expansión en Latinoamérica o Europa del Este o el resto del mundo. En definitiva, pese a que los análisis políticos y económicos muestran a las claras las virtudes de la transparencia, la historia muestra que en la mayoría de los países a la transparencia “se llega” frente a una reticencia inicial del que ejerce el poder y de las burocracias a someter su gestión a los focos del debate público informado. En todo caso, el resultado final de este proceso y de esta conjunción de factores ha sido la aceptación generalizada de la necesidad y la conveniencia de aprobar normas que garanticen y regulen el acceso a la información pública.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA Y LA “TORMENTA PERFECTA” QUE HA IMPULSADO FINALMENTE UNA CARRERA POR LA TRANSPARENCIA

A día de hoy, el derecho de acceso a la información pública está contemplado en el artículo 105.c) de la Constitución y desarrollado con carácter general en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyas deficiencias y lagunas (incluida la falta de regulación del procedimiento y de previsión de un órgano independiente de control) son ostensibles. No es de extrañar, en consecuencia,

que esta regulación, defectuosa e introducida sin autonomía una norma “burocrática”, haya pasado desapercibida y haya sido incapaz de generar una cultura de la transparencia, ni en los ciudadanos ni en la Administración. Falta, pues, una regulación básica y general digna de ese nombre como existe en todos los países homologables de nuestro entorno⁴.

Al igual que ocurriera en otros países, también en España ha tenido que ser los impulsos de la sociedad en tiempos de una profunda crisis de confianza política, institucional y económica los que han colocado la transparencia en la agenda política de forma no sólo nominal sino efectiva. Se ha producido, en efecto, lo que podríamos calificar como la “tormenta perfecta de la transparencia”. Desde hace años, y en especial en los últimos tiempos, editoriales y artículos en medios de comunicación, de muy diferente signo, académicos y asociaciones y organizaciones no gubernamentales venían reclamando la necesidad de aprobar una Ley de acceso a la información. Esta demanda social comenzó a calar en algunos programas electorales, como ocurrió en el del PSOE para las elecciones generales de 2004 y 2008. Mediante la resolución número 33 aprobada tras el Debate sobre el Estado de la Nación de 2010, “sobre el derecho de libre acceso a la información pública”, el Congreso de los Diputados instó al Gobierno a presentar en el plazo máximo de un año un Proyecto de Ley, en el que de hecho, estaba trabajando, prueba de lo cual es que el lunes 16 de agosto de 2010 era portada del periódico generalista de mayor tirada en España, con gran despliegue en páginas interiores dando detallada cuenta de su contenido, la inminente (en el Consejo de Ministros de ese mismo viernes) aprobación de un Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información⁵, y en la página web de una organización no gubernamental dedicada a la transparencia se filtró el propio texto del llamado Anteproyecto⁶; dicho Anteproyecto, sin embargo, no llegó a aprobarse. Sin embargo, el asunto pareció desaparecer de la agenda del Gobierno. Se trató, desde luego, de una desaparición expresiva del divorcio entre los políticos y la ciudadanía y de la importancia del compromiso y la acción de ésta para impulsar la actividad de aquéllos. En efecto, poco más tarde se hacía omnipresente el llamado movimiento 15-M, “Democracia Real Ya”, que abanderó como una de sus reivindicaciones más señeras la necesidad de aprobación de una Ley de Transparencia. Siempre a rastras, sea de la Unión Europea sea de su propia ciudadanía, los políticos españoles se hicieron eco por fin de este clamor y la transparencia pasó a ocupar un primer plano en la agenda política, hasta el punto de pasarse de la desidia a la carrera por la transparencia. En efecto, el 7 de abril de 2011, UPyD presentaba en el Congreso una proposición de Ley orgánica de principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública⁷; el 20

³ La Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma al respecto, aun sin nombrarlo, que éste “constituye un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumen-

⁴ Junto con esta regulación, hay que mencionar la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, aprobadas al calor de la necesidad de transponer sendas directivas comunitarias, así como normas sectoriales en materia de contratos, subvenciones, empleados públicos, e incluso sanciones administrativas que prevén diferentes supuestos de publicidad.

⁵ http://www.elpais.com/articulo/espana/ley/reguladora/derecho/saber/ciudadanos/Administracion/elpepuesp/20100816elpepinac_1/Ies

⁶ http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf

⁷ http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_314-01

aprobado ya sus respectivas leyes: que se trata de una iniciativa en torno a la cual podría obtenerse un alto grado de consenso político, mediático y social, pues, es, en cierto modo, previo a las diferentes ideologías, ya que entronca con el propio concepto de construcción y profundización de una democracia real.

IV. BREVE ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY: LUCES Y SOMBRAS. MATERIALES PARA UN DEBATE

El Anteproyecto se divide en dos Títulos: Transparencia de la Actividad Pública y Buen Gobierno. El Gobierno ha decidido unir en un solo texto dos materias que, si bien pueden considerarse relacionadas, no suelen ser objeto de regulación unitaria en el Derecho comparado. En estas páginas me dedicaré sólo a la primera de ellas. La brevedad de este escrito me impide, evidentemente, hacer un análisis detallado de la norma, de tal modo que sólo apuntaré los elementos básicos de modo crítico, subrayando lo que a mi juicio son luces y sombras, como materiales para un debate¹⁰. Una importante precisión previa es que, conforme establece la disposición adicional primera, se rige por la normativa sobre procedimiento administrativo el acceso por los interesados a los documentos que se integren en un procedimiento en curso. Asimismo, se regulan por su normativa específica aquellas materias que tengan un régimen legal específico de acceso a la información¹¹. En el caso del acceso a la información ambiental¹², la reutilización de la información pública¹³ y el acceso a la información obrante en archivos que no sean de gestión u oficina (esto es, generales o centrales, intermedios e históricos)¹⁴, la regulación del Anteproyecto es, no obstante, supletoria en lo no regulado, lo que tiene una importancia decisiva, en especial, en materia de reclamaciones frente a decisiones sobre acceso, como veremos.

1. La naturaleza del derecho, la base competencial y los sujetos obligados

El derecho de acceso a la información ha ido adquiriendo rango de derecho fundamental, bien como derecho autónomo (en las declaraciones de derechos fundamentales más jóvenes, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 42), bien como parte del contenido de la libertad de información-expresión (en los sistemas iusfundamentales menos recientes, como ha ocurrido en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a partir de una reinterpretación del contenido de su

¹⁰ Un estudio prospectivo lo realicé en *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011.

¹¹ Como es el caso, entre otros, del acceso de los concejales a la información municipal, regulado en los artículos 77 LRBRL y 14 del ROF.

¹² Ley 27/2006, de 28 de julio, de acceso a la información ambiental.

¹³ Ley 37/2007, de 16 de noviembre, de reutilización de la información del sector público.

¹⁴ Regulado en el artículo 57 Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico español y, para el ámbito estatal, en los artículos 23 al 32 del Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso. En el ámbito autonómico, se regula por el citado artículo 57 LPHE y por las respectivas normas autonómicas y, supletoriamente, por el citado Real Decreto.

En junio de 2011, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una moción por la que instaba al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley de Transparencia, no ya en un año, sino en unas semanas, antes de agosto de ese mismo año, el 29 de junio, el PP presentaba en el Congreso una proposición de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno⁸, y el 29 de julio de 2011 el Gobierno aprobaba el anteproyecto de Ley —a la vez que se hacía público el adelanto lectoral—. Iniciativas, todas ellas, pues, cara a la galería, habida cuenta el momento en que se presentaron. En los programas electorales de casi todos los grupos políticos para las elecciones de 20 de noviembre de 2011 figuraba ya la promesa de aprobación de una Ley de Transparencia. Recién inaugurada la actual legislatura, el PSOE presentó en el Congreso el 13 de diciembre de 2011 una proposición de Ley sobre la base del anteproyecto del anterior Gobierno⁹ y UPyD lo hizo el 22 de diciembre, reproduciendo su proposición de la anterior legislatura. Finalmente, el Gobierno aprobó el 23 de marzo su propio anteproyecto, muy cambiado respecto de la anterior proposición de Ley del PP y con no pocos elementos parcialmente comunes a los textos impulsados por el anterior Gobierno. En definitiva, si bien este paso de la inmovilidad al *sprint* tiene algo de sonrojante, mirado en positivo, es un buen ejemplo de cómo se puede contribuir desde abajo, desde la sociedad, a marcar las prioridades políticas y a mover a la acción a los grupos parlamentarios y al Gobierno en pos, en este caso, de un objetivo, la transparencia, que, de suyo, tiende a provocar la cautela cuando no el vértigo en la mente de los legisladores y de los administradores, incluso de aquellos que están convencidos, en el plano teórico, de sus evidentes y contrastadas bondades. Otro aspecto positivo del proceso es que ha puesto a las claras algo que se ha evidenciado en el casi centenar de países que han

artículo 10¹⁵). Por la peculiar distinción entre categorías de derechos, propia de nuestra Constitución y por la ubicación del artículo 105, el tratamiento hasta el momento en nuestro Derecho ha sido el de un derecho autónomo que puede regularse por ley ordinaria y no susceptible de amparo. De este modo, el actual artículo 37 LRJAP-PAC tiene rango de ley ordinaria y en la línea de la no consideración del derecho de acceso como integrante de la libertad de información se mueve también una jurisprudencia muy escasa y que no aborda frontalmente la cuestión general de las relaciones entre ambos derechos¹⁶. El Anteproyecto lo es también de ley ordinaria y enlaza expresamente en su artículo 8 con el artículo 105.b) de la Constitución y no con la libertad de información, y éste ha sido probablemente su aspecto más polémico y criticado. Expuestos los datos normativos que plantean una innegable complejidad, baste apuntar para el debate que una interpretación evolutiva del derecho fundamental a la libertad de información a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la que remite de forma expresa el artículo 10.2 de la Constitución, permitiría abordar una nueva perspectiva, que sería en todo caso la pertinente si se pretendiera extender su ámbito subjetivo a todos los poderes públicos de cualquier ámbito territorial, y dotarlo de la mayor garantía que supone la reserva de ley orgánica y el recurso de amparo constitucional. Caben, a nuestro juicio, ambas posibilidades, y probablemente la segunda es la más adecuada a un concepto evolutivo de los derechos fundamentales, siendo así que me parece incuestionable que poca información hay más relevante para la creación de una opinión pública informada, a cuyo servicio está la libertad de información, que, precisamente, la que obra en manos de los poderes públicos.

El Anteproyecto, al considerarse desarrollo del artículo 105.b) se apoya en dos títulos competenciales en lo que se refiere a transparencia y acceso a la información. Aunque el legislador no lo precisa, parece haber interpretado que el artículo 149.1.18 es la base competencial principal, y que el artículo 149.1.1.^a actúa como complemento para el diseño de la necesaria existencia

de un órgano independiente de resolución de reclamaciones (a semejanza de lo que hiciera la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales, con refrendo por la STC 290/2000)¹⁷, y regula, de este modo, la transparencia y el acceso a la información administrativa, y no la legislativa o judicial, lo que ha recibido críticas por parte de diversas instituciones y organizaciones no gubernamentales¹⁸. No obstante, hay que reconocer que se encuentra en esto la línea más general del Derecho comparado y es en todo caso lo único coherente con la base competencial utilizada, de modo que la publicidad de las actuaciones de otros poderes del Estado distintos al Ejecutivo por su actividad característica, no administrativa, queda fuera del Anteproyecto¹⁹. Se acoge, pues, una noción funcional de Administración, que incluye a todas las Administraciones y sus entidades instrumentales, a las Corporaciones de Derecho Público y a los órganos constitucionales y las instituciones autonómicas análogas en sus actividades sujetas a Derecho administrativo (se incluye así al CGPJ pero no a las actividades administrativas de las salas de gobierno), a las sociedades mercan-

¹⁷ Cabe constatar que también se apela como título competencial al artículo 149.1.13.^a, pero no es aventurado afirmar que, pese a que el Anteproyecto no lo precise, sino que recoja indistintamente los títulos competenciales, se hace para tratar de justificar las extraordinariamente incisivas infracciones y sanciones en materia de gestión económico-presupuestaria y la atribución de la competencia para su imposición a órganos estatales, cualquiera que sea la Administración inculpidora, tema sobre cuya conformidad con el artículo 137 CE no podemos entrar aquí.

¹⁸ Entre ellas, la Coalición Pro Acceso (http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Posicionamiento_de_la_Coalicion_sobre_el_anteproyecto_de_ley_de_transparencia.pdf) y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, a través de un dictamen encargado por la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación (<http://www.osce.org/es/fom/90791>). En España, lo más reclamado ha sido que el Anteproyecto comprenda también la transparencia de las actividades de la Casa Real. El Convenio 205 deja en esto expresamente libertad a los Estados.

¹⁹ En España, la Constitución prevé la publicidad de las actuaciones de los diferentes poderes públicos, que están desarrolladas en el Reglamento del Congreso de los Diputados y del Senado, para el Poder Legislativo, y en la LOPJ, para el Judicial.

¹⁵ Dos asuntos han tenido como protagonista a una de los países con la legislación más favorable a la publicidad, Hungría. En ambos, el Gobierno húngaro partía de que, en efecto, una denegación de información constituye una injerencia en la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, enfoque que ha sido acogido por el TEDH. Se trata de los asuntos *Társaság a Szabadságjogokért*, sentencia de 14 de abril de 2009, y *Kennedy*, sentencia de 16 de agosto de 2009. Es también la solución a la que se ha llegado en la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2006, en el caso *Claude Reyes* y otros contra Chile, interpretando el artículo 13 de la Convención).

¹⁶ Véase al respecto STC 161/1988, de 20 de septiembre, que inadmite parcialmente un recurso de amparo en el que se invoca el artículo 105.b), si bien ha de tenerse en cuenta que en este caso no se alegaba la conexión de este precepto con el artículo 20.1.d). En la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterada esta aproximación: "El artículo 105 b) de la Constitución dispone que la ley regulará, entre otras materias, 'El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas'. Este precepto constitucional remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control



iles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, pública sea mayoritaria, a las fundaciones del sector público y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades antes mencionadas. En el caso de las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, están obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones previstas en esta Ley. Esta obligación se extiende a una novedad de la segunda redacción) a los adjudicatarios y contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato. Parece, pues, un ámbito suficientemente extenso, y su posible ampliación a todos los sujetos que reciben fondos públicos (como permite, que no impone, el Convenio 205), creemos que hubiera complicado en exceso el sistema, en su generalidad (hasta un alumno de secundaria con beca o un joven trabajador autónomo con subvención lo hacen), cuando, como veremos, el Anteproyecto ya obliga a hacer públicas todas las subvenciones y ayudas. Obsérvese que el Anteproyecto no incluye al Gobierno de la Nación, tal vez por entender que, por otra parte, se trata de un órgano "mixto" político-administrativo; por otra, la información que maneja es aportada o custodiada por órganos integrados en la AGE, pero lo cierto es que el Convenio 205, que, como decimos, España pretende ratificar, obliga expresamente a su inclusión.

La publicidad activa

Las leyes de transparencia y acceso a la información existentes en otros países se han ido adaptando a la sociedad digital de la información del nuevo milenio, dando el salto cualitativo de la publicidad pasiva a la publicidad activa, y estableciendo disposiciones todo lo precisas posible que obliguen a poner a disposición de todos los ciudadanos en Internet la principal información que les permita participar, controlar y con ello contribuir a una gestión pública más eficaz y transparente. Buena parte de esta información ya es objeto de publicidad oficial (como ocurre, en nuestro Derecho, con determinados actos en materia de empleo público, contratos, subvenciones, etc.); se trata, sobre todo, de centralizarla y ponerla en formatos que permitan una fácil localización y, en su caso, su posterior tratamiento y reutilización. En este punto, el Anteproyecto es ambicioso. Prevé la publicidad activa de la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de la actividad de los sujetos sometidos al Anteproyecto que esté relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. La nueva redacción ha añadido que la publicación debe hacerse de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, para lo que deben establecerse mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. Se ha añadido, que había sido objeto de diversas sugerencias, y conecta además con las iniciativas de *open data* en que España se ha comprometido, para lo cual, aún sin hacerlo expreso, obliga a todas las personas obligadas a que la información se haga en formato electrónico.

El Anteproyecto no se limita a establecer este principio general, sino que establece obligaciones concretas de publicidad activa, de forma notablemente detallada, lo que me merece un juicio muy

a) Entre la información institucional, organizativa y de planificación se encuentra la relativa a funciones, normativa aplicable y estructura organizativa; planes y programas anuales y plurianuales, incluyendo objetivos, actividades, medios y tiempo previsto para su ejecución, con evaluación y publicación periódica de su grado de cumplimiento y de los indicadores de medida y valoración.

b) Entre la información de relevancia jurídica, junto con las directrices, instrucciones, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho —en línea con lo ya dispuesto en el 37.10 LRJAP-PAC— y además, y esto es nuevo, los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamentos, así como las memorias u otros documentos, incluidos los informes, que integren los expedientes de elaboración de los textos normativos y los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación. La previsión es muy positiva, y la redacción es fruto de un cambio respecto a la primera redacción del Anteproyecto, en la medida en que ahora se incluyen los informes y los documentos sometidos a información pública. Se prevé que la publicación tenga lugar a la par que se soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes, pero a mi juicio debería preverse en un momento anterior, para que el resultado de dicha publicidad en forma de sugerencias pudiera ser tenido en cuenta para conformar una nueva redacción que se sometiera, ella sí, a dichos dictámenes, como ha sido, de hecho, el procedimiento seguido para la tramitación de este mismo Anteproyecto. Por lo demás, es de observar que el precepto parece presuponer que todos los anteproyectos de ley y los proyectos de reglamento se someten a dictámenes preceptivos por parte de órganos consultivos, lo que, como es sabido, no corresponde con los términos, más acotados, previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (y eso por poner sólo la mirada en el ámbito estatal).

c) Finalmente, es muy destacable que se ha previsto la publicidad en materia económico-presupuestaria. Incluye todos (y no sólo los sometidos a publicidad oficial) los contratos, con indicación del objeto, importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato, las decisiones de desistimiento y renuncia y los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. En la segunda redacción del Anteproyecto se ha añadido que la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada, expresión ésta que tiene cierta ambigüedad. Como es sabido, los contratos menores son objeto de adjudicación directa y precisamente por ello, son los que han generado una mayor opacidad, fraude y corrupción, con prácticas por todos conocidas de troceamiento artificial del objeto de los contratos para eludir la publicidad y concurrencia. Parece que debiera interpretarse que la agregación consiste en acumular

to similar, precisamente para prevenir este tipo de fraude. Se prevé también la publicidad de todos los convenios suscritos (no sólo los interadministrativos), con mención de las partes, su objeto y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas; de las subvenciones y ayudas públicas reguladas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (lo que parece excluir las concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios; de los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada sobre su estado de ejecución; de las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y los de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan (supuesto nuevo en la segunda redacción que se había propuesto en la Comisión de Expertos; nótese que no se incluyen sin embargo las del artículo 4 de dicha Ley referidas a premios y subvenciones a partidos políticos y grupos parlamentarios); de las retribuciones percibidas por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación del Anteproyecto y, en el caso de la AGE, las resoluciones dictadas por la Oficina de Buen Gobierno y Conflictos de Intereses sobre la compatibilidad de las actividades privadas, que se suma a la publicación oficial de las declaraciones de actividades y de bienes y derechos, tanto de todo alto cargo estatal (no sólo, como hasta ahora, de Ministros y Secretarios de Estado) como de los representantes locales y los miembros no electos de la Junta de Gobierno local²⁰. Finalmente, se prevé la publicación de la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

En mi opinión, con una valoración general muy positiva, y con los elementos de crítica antes mencionados, se echan en falta algunas informaciones muy relevantes, que han sido puestas de manifiesto en la propia Comisión de Expertos. En particular, la publicidad de las agendas de los altos cargos, esto es, con quienes se reúnen y con qué objeto²¹ o las actas de las comisiones de contratación²². Además, sería conveniente establecer de forma expresa la responsabilidad disciplinaria de los responsables de los incumplimientos o, cuando menos, la competencia de los órganos independientes de control en esta materia para declarar y hacer públicos estos incumplimientos.

Ha de advertirse, en todo caso, que el propio Anteproyecto prevé que estas obligaciones de transparencia “se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas

que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad” (por ejemplo, en materia medioambiental o cualquiera otra disposición que establezca la publicidad de determinadas actuaciones).

En el ámbito de la AGE se crea un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia (extremo éste que aclara la segunda redacción), que facilite el acceso de los ciudadanos a la información antes reseñada, así como otra información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Todas las Administraciones pueden adoptar además medidas complementarias y de colaboración (añadido éste último de la segunda redacción) para el cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido, puede bien pensarse en la prestación de soporte por las Comunidades Autónomas o las Diputaciones a los Municipios, o en una red de enlaces que faciliten al ciudadano localizar la información.

3. El objeto del derecho de acceso

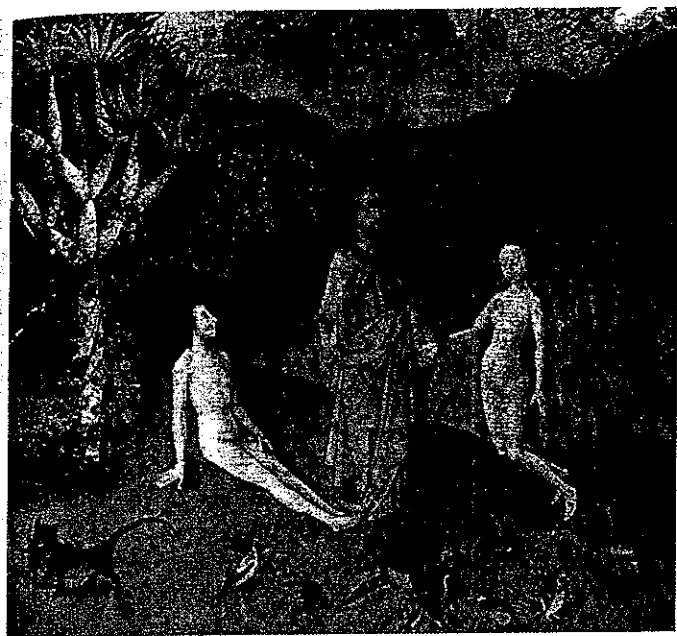
En el Derecho comparado el derecho de acceso se refiere mayoritariamente al concepto acuñado por la archivística de “documento”. Es así, entre otros, en el propio Convenio 205. La noción de documento es amplísima, extendiéndose a todo contenido cualquiera que sea su soporte. Otra opción regulatoria, minoritaria, es la que hace pivotar el sistema sobre el concepto de “información”. Ambas tienen sus pros y sus contras. En el primer caso, en un mundo caracterizado por la digitalización en bases de datos, el concepto de “documento” ha debido ampliarse para comprender los documentos que pueden elaborarse (aunque no “existan” previamente como tales) a partir de la información en ellas contenida. El tema más debatido actualmente es si debe prevalecer la decisión política sobre el grado idóneo de transparencia, de modo que la propia aplicación debería adaptarse, de ser necesario, cuando la reiteración de solicitudes de acceso vengán a poner de manifiesto el interés público en conocer determinado tipo de información no extraíble con las herramientas existentes del sistema²³. Es un caso claro de debate sobre si el *code* debe condicionar el alcance del derecho, o si por el contrario debe adaptarse a las exigencias de este, por utilizar la imagen de L. Lessig. Optar por el concepto de “información” obliga a un movimiento a la inversa, de acotamiento, para excluir un derecho a la redacción de documentos “a la carta”. El Anteproyecto en su redacción inicial optó por el concepto “información”, que en su segunda redacción se define como “los contenidos o documentos” que obren en poder de los sujetos obligados y hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones públicas. Puede verse en esto una respuesta a las inquietudes planteadas por los colectivos de archiveros,

²⁰ En los términos previstos en el artículo 14.4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, esto es, en BOE (en el caso de los Ayuntamientos, sólo si su Estatuto no ha dispuesto otra forma de publicación; en todo caso, parece que debiera haberse previsto en ese caso la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente).

²¹ En lo que están de acuerdo incluso la propia Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI) (véase el artículo de europapress.es “Los profesionales de las Relaciones Institucionales piden que la Ley de Transparencia regule la actividad de los lobbys” (<http://www.europapress.es/nacional/noticia-profesionales-relaciones-institucionales-piden-ley-transparencia-regule-actividad-lobbys-20120424170542.html>)).

²² Propuesto por los integrantes del Comité de Dirección de Transparencia Internacional España A. GARRIGUES WALKER, J. LIZCANO ÁLVAREZ, M. VILLORIA MENDIETA, J. SÁNCHEZ LAMBÁS, en “La Ley de Transparencia, sólo el primer paso”, en el Diario El País, http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562_798871.html

²³ Así, por ejemplo, en el Derecho comunitario, la práctica ha consistido en considerar como documento cualquier informe extraído de estos sistemas, que corresponda a su explotación normal. La propuesta de reforma del Reglamento 1049/2001, actualmente en curso, aclara que el derecho abarca el acceso a documentos que pueden confeccionarse a partir de bases de datos (e incluyen en el caso de la del Parlamento, de forma expresa, el “dato o contenido” en la propia definición de “documento”). La cuestión ahora radica en determinar hasta dónde llega el derecho: si a la información que pueda extraerse de la base de datos utilizando cualquier herramienta efectivamente disponible para la explotación del sistema (propuesta de la Comisión) o si dichas herramientas deben de hecho existir con una amplitud suficiente para atender a los posibles solicitudes de información (propuesta del Parlamento).



acostumbrados a la noción de documento, que argumentaban que la desaparición de esta noción en el Anteproyecto podría utilizarse como un apoyo para privar al solicitante del acceso al documento mismo o a una copia del mismo (a mi juicio, se trataba de un temor infundado, al menos jurídicamente, por cuanto se establece un derecho a elegir la modalidad de acceso, pero nada se pierde explicitándolo). Claro está, el Anteproyecto ha tenido que establecer alguna cortapisa ante la posibilidad de solicitudes genéricas que conviertan a los sujetos obligados en auténticos “consultores” al servicio de cualquier solicitante, y al respecto establece que se exceptúan del derecho de acceso la información para cuya divulgación “sea necesaria una accesión previa de reelaboración”, concepto éste cuya interpretación más o menos amplia va a ser uno de los elementos nucleares de la aplicación de la Ley. Además, se excluyen las solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general y la que tenga carácter auxiliar o de apoyo “como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas” (se ha sugerido —entre ellos yo mismo— la supresión de esta lista ejemplificativa de los “informes internos” que pudiera dar lugar a una interpretación poco favorable a la transparencia).

4. El titular del derecho

En línea con la tendencia casi unánime en el Derecho comparado, y contemplada en el Convenio 205, el Anteproyecto reconoce el derecho a “todas las personas” [y ello pese a que el artículo 105.b) habla de los “ciudadanos”]: físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, públicas o privadas. No se exige acreditar interés o consignar interés alguno —lo que refleja el fundamento del derecho como medio de fomentar la participación ciudadana y el control del poder público, y no como instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales y a su universalización, que llevan incluso a la admisión en no pocas normas en Derecho comparado, pero no en el Anteproyecto, de las solicitudes anónimas—.

En realidad, ambas características son realidades inescindibles. En efecto, la no exigencia de motivación entronca con la propia naturaleza del derecho y de la idea de transparencia y control democrático, y ello priva de sentido a un requisito de nacionalidad o residencia que puede —donde se exige— orillarse sin esfuerzo alguno, y virtualmente ficticio en los casos de publicidad activa.

5. Limitaciones

En el Derecho comparado y en el Convenio 205 se establece una lista cerrada de excepciones, de aplicación restrictiva, que son en gran medida comunes a todos los sistemas, como comunes son las necesidades de compatibilizar transparencia y protección de intereses públicos y privados. Son en unos casos absolutas (impiden el acceso si puede poner en perjuicio determinados bienes o derechos) y en otros relativas (llaman también en esos casos a una ponderación entre esos bienes o derechos y el interés público en la divulgación de la información). El Convenio 205 y su Memoria explicativa disponen que la evaluación de riesgos puede llevarse a cabo caso por caso o bien de forma abstracta por el legislador, distinguiendo casos en los que el acceso se excluye incondicionalmente —que deben reducirse al mínimo— y otros en que hay que ponderar con el interés público en la transparencia. Además, los Estados pueden limitar temporalmente la aplicación de dichas excepciones.

El Anteproyecto ha excluido del propio concepto de “información pública” lo que, conceptualmente y en puridad, serían más bien informaciones públicas sometidas al test del daño, al disponer que se entiende por información pública los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones públicas, “siempre y cuando no perjudique a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios”. Junto a ello, se contemplan en un artículo distinto los llamados “límites al derecho de acceso”, que son una práctica traducción de los establecidos en el Convenio 205: la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión o la protección del medio ambiente. Son límites genéricos, que por serlo han sido objeto de alguna crítica aislada que no comparto, pues es lo común en el Derecho comparado ante la imposibilidad e inconveniencia de intentar encerrar una realidad absolutamente plural en fórmulas más detalladas. Por lo demás, la procedencia de alguno de ellos es discutible (como el relativo a la política monetaria, una vez comunitarizada la moneda). La aplicación de estos límites se contempla en términos de facultad (“el derecho de acceso podrá ser restringido”), sometida al test del perjuicio (“cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para”) y a una ponderación con el interés público en la divulgación (“atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”), así como a un principio de maximización del derecho que llega a que las

restricciones tengan el mínimo alcance necesario ("la aplicación del los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de la protección"), lo que conecta con el principio de acceso parcial, conforme al cual en los casos en que la aplicación de alguno de los límites no afecte a la totalidad de la información se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido.

Se dedica un precepto a las relaciones entre transparencia y protección de datos, un tema crucial al que he dedicado especial atención en diversos trabajos²⁴, en que he defendido una serie de principios: preferencia de la normativa sobre transparencia y acceso cuando el solicitante es distinto del sujeto afectado, prevalencia de la privacidad cuando están en juego datos íntimos y de la publicidad cuando se trate de datos relacionados con la organización, el funcionamiento o los gastos públicos (donde, por cierto, habría que entender incluidas las agendas de los altos cargos), todo ello salvo casos excepcionales, en los que prevalezca la protección de datos porque esté al servicio de valores superiores (como la propia integridad de las personas, en casos como el que comentamos en materia de publicidad activa en relación con los funcionarios de prisiones). Es más, como se vio, muchos de esos casos se someten ahora la obligación de publicidad activa. En los demás supuestos, debe procederse a una ponderación entre los derechos en juego y el valor de la información para la transparencia de la actividad pública. Además, es necesario establecer normas de procedimiento que permitan ponderar correctamente los intereses en juego en casos límite (dando audiencia a los afectados, sin por ello otorgarles un derecho de veto, y no facilitando la información hasta tanto la decisión sea firme). El Anteproyecto se hace eco de todos estos principios, por lo cual no puedo sino hacer una valoración muy favorable. El único matiz es que se prevé que en los demás casos se otorgue el acceso si tras una ponderación suficientemente razonada el órgano competente para resolver considera que no se perjudica ningún derecho constitucionalmente protegido (siendo así que nos parece debería más bien llamarse a una ponderación entre los derechos en juego y la transparencia, en la medida en que el derecho a la protección de datos es en sí un derecho autónomo constitucionalmente protegido, y no sólo un derecho un derecho instrumental, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, en especial en la sentencia 292/2000, por lo que se incurre en una contradicción lógico-jurídica).

6. Procedimiento y organización

El Derecho comparado pone de relieve la necesidad de diseñar un procedimiento simple, ágil y económicamente asequible para todos los ciudadanos, pues está en juego precisamente su participación efectiva en la vida democrática y la información requiere para ser útil inmediatez.

El Anteproyecto, estimo, regula de forma muy convincente el procedimiento. Establece libertad de medios para la solicitud,

bastando con que conste la identidad, la información que se solicita, una dirección de contacto a efecto de comunicaciones, preferentemente electrónica, y en su caso la modalidad de acceso que se prefiera. Las solicitudes no requieren motivación, que es meramente opcional. He defendido en otros trabajos que se trata de una previsión sana, la de permitir expresar los motivos, para una mejor ponderación del interés para el público que puede tener la información. En esa medida, la solución me parece acertada, si bien no su formulación ("el solicitante podrá incluir los motivos por los que solicita la información y que deberán ser tenidos en cuenta cuando se dicte resolución"), ya que, si algo deja claro el Derecho comparado es que los motivos que cada persona pueda tener para solicitar información no han de ser tenidos en absoluto en cuenta para la decisión, que es un juicio abstracto, desvinculado de la identidad del solicitante, que deben ponderar los derechos o bienes afectados con el interés público de la generalidad de los ciudadanos en la divulgación de la información. La redacción acogida por el Anteproyecto es, cuanto menos, ambigua, y podría ser susceptible de una interpretación referida a los motivos personales de cada solicitante que desenfocara el entero edificio de la transparencia.

Acoge causas de inadmisión, mediante resolución motivada, que incluye la información que no obra en poder del órgano al que solicita cuando se desconozca el competente (pues, de conocerse, debe reenviarse la solicitud) o las manifiestamente repetitivas o abusivas (algo común en muchas normas de otros países). Ahora bien, también incluye la relativa a información exceptuada del derecho de acceso (con la crítica que antes formulé) y la que afecte a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución, caso éste en el que lo procedente sería más bien que resolviera el órgano competente ponderando en abstracto sin audiencia de los afectados (que por lo demás, como dije, carecen de derecho de veto).



²⁴ Por todos, desde una perspectiva general, véase *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, Civitas, Madrid, 2009; y "Transparencia versus protección de datos", en BLASCO ESTEVE, A. (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo* INAP Madrid 2012, pp. 202-207.

a tramitación es ágil y *pro actione*, reenviando la solicitud al órgano que posee la información cuando se conoce o cuando haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, y solicitando precisiones en casos de solicitudes demasiado imprecisas y con un plazo para que los terceros afectados formulen alegaciones (no sólo puede estar en juego la protección de datos, sino la propiedad industrial, el secreto comercial, etc.). El plazo de resolución se mueve dentro de parámetros comparados razonables: de un mes desde la recepción, ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario. Han de ser motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. Especial atención merece el tema del silencio, que se prevé como negativo, lo que ha sido objeto de numerosas críticas por algunos especialistas y, en particular, por organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación. Críticas a mi juicio absolutamente injustificadas. Me atrevo a afirmar que en esta materia sólo cabe razonablemente esta solución (al menos si queremos seguir teniendo Estado y derechos institucionales). No parece casual que sea la acogida por la generalidad de leyes de acceso a la información en el Derecho comparado. ¿Acaso la sociedad estaría dispuesta a que por el mero transcurso del plazo para recurrir hubiera que desvelar secretos de lucha contra el narcotráfico o el historial clínico de cualquier ciudadano? El tema no merecería detenerse en él si no era, como digo, por las críticas recibidas, que desconocen que el silencio no es una opción, sino una garantía frente al incumplimiento de una obligación, o la propia naturaleza del silencio positivo como auténtico acto declarativo de derechos que, en caso de no hacerse efectivos, cabe reclamar judicialmente sin que el tribunal pueda entrar en el fondo del asunto. Como medida pedagógica y de "fomento" del cumplimiento, sugerí en la Comisión de Expertos una mención específica a las sanciones disciplinarias ante incumplimientos reiterados, que ha sido acogida como infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

En caso de concederse el acceso, se opta por la modalidad electrónica salvo petición en contrario, lo que me parece razonable y, sobre todo, claro, que se haya consignado una dirección electrónica en la solicitud. Cuando la información ya ha sido publicada basta como indicar al solicitante cómo puede acceder a ella (podría añadirse, siempre que esté razonablemente disponible, no hacen algunas normas de otros países). El acceso es gratuito, si bien la expedición de copias o la transposición de la información a un formato diferente al original puede dar lugar a exigencias de exacciones.

Para hacer efectiva la gestión de la información conforme a este principio, el Anteproyecto obliga a todas las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación a establecer mecanismos para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna. Se trata de un principio muy general acorde con la naturaleza básica de la norma y la competencia de cada Administración para autoorganizarse, introducido de hecho en la segunda redacción del Anteproyecto. Para la AGE, se prevé la creación

de un órgano que recabar y difundir la información sometida a publicidad activa, recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información, realizar los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada, realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información; llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información; asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia; mantener actualizado un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información que obren en poder del órgano (estas dos últimas introducidas en la segunda redacción) así como todas aquellas funciones que sean necesarias para asegurar una correcta aplicación de las disposiciones de esta Ley. Aunque el Anteproyecto no incardina estas Unidades de Información en ningún órgano concreto, parece que, habida cuenta sus competencias generales en materia de información y coordinación, las Subsecretarías están llamadas a integrar a dichas Unidades. El resto de entidades son libres para establecer su organización, siempre que identifiquen claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso. Junto a las unidades especializadas, cabe reseñar que el Derecho comparado conoce otras técnicas organizativas, formativas y de difusión al servicio de la efectividad del Derecho, incluidas la edición de guías ciudadanas que acerquen de forma pedagógica y con un lenguaje llano el contenido del derecho al ciudadano medio o la llevanza y publicidad electrónica de registros de documentos que permitan búsquedas con criterios sencillos.

7. Garantías

Las resoluciones en materia de acceso ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de una importante novedad incorporada al Anteproyecto en su segunda redacción, que sugerí en el comité de expertos, pues la primera redacción remitía al régimen general de los recursos administrativos, y, por ende, a la necesidad de interponer recurso de alzada si se trataba de decisiones que no agotaban la vía administrativa, lo que podía suponer, por una parte, una dilación mal avenida con la necesidad de respuesta rápida que caracteriza el mundo informacional (conocer para participar y controlar) y, por otra, el riesgo de que, en caso de silencio en vía recurso de alzada frente a un silencio en vía de solicitud se produjera el silencio positivo previsto en el artículo 43.1 LRJAP-PAC, indeseable por las razones obvias antes enunciadas. Habría que eliminar, sin embargo, la referencia a la "vía administrativa", que habida cuenta que en algunas ocasiones no está en juego por tratarse de sujetos obligados que no tienen esa naturaleza, es técnicamente defectuosa. En esta línea, obsérvese que se unifica la competencia en la jurisdicción contencioso-administrativa (siendo así que algunas decisiones pueden provenir de sujetos privados, como las sociedades mercantiles de capital mayoritario público) lo que me parece acertado y coherente con la noción funcional que se va imponiendo en el Derecho administrativo, si bien plantea si no sería conveniente aclarar esta cuestión también en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y evitar así posibles conflictos con el orden jurisdiccional civil. Se prevé por lo demás, acertadamente, que si ha existido oposición de tercero el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso

to confirmando el derecho a recibir la información. Habría de añadirse, por sentencia firme, pues cualquier concesión de información hace que un posterior recurso contra la sentencia que reconoce el derecho pierda su objeto, al haberse divulgado ya la información.

Cabe (potestativamente) interponer una reclamación previa a la vía contencioso-administrativa ante un órgano independiente, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o a aquel en que se produzcan los efectos del silencio (esto último puede chocar con la doctrina constitucional que declara siempre abierto el plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio), con audiencia de los terceros afectados y con un plazo de resolución de un mes y silencio negativo. Esta reclamación es sustitutiva, de los recursos administrativos procedentes (que no siempre caben, como dijimos, pues no siempre se trata de decisiones administrativas) de conformidad con la posibilidad que al respecto abre el artículo 107.2 LRJAP-PAC. Esta vía es clave para la efectividad del derecho ya que la respuesta a las reclamaciones de información o es rápida y gratuita o, en buena medida, "no es". Máxime cuando, como hemos señalado, el Anteproyecto no ancla el derecho de acceso en la libertad de información y, por ello mismo, no implica su protección judicial por procedimiento sumario de protección de los derechos fundamentales regulado en los artículos 114 a 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (por lo demás, entiendo y así lo expuse en la Comisión de Expertos que nada impediría señalar dicho procedimiento como de aplicación también a este tipo de recursos, incluso sin reconocer el derecho de acceso como derecho fundamental, si quisiera llegarse a ese "compromiso" jurídico). Se prevén mecanismos para dar audiencia a los afectados, si los hubiere.

Ahora bien, ha de advertirse que un punto débil del sistema es cuál sea la autoridad independiente competente. En el Derecho comparado, al margen de la garantía judicial última y de la posibilidad de queja ante el Defensor del Pueblo, las normas sobre transparencia de las últimas décadas han incorporado la creación de una autoridad independiente, unas veces con competencias exclusivas en materia de acceso a la información (Francia, Portugal, Italia, por ejemplo) y otras unificadas con la materia de protección de datos (Gran Bretaña, Alemania, Suiza, por coger ejemplos cercanos). Se dan además diversas combinaciones: órganos de nombramiento parlamentario o gubernamental, unipersonales o colegiados, con poder para dictar recomendaciones o para ordenar la entrega de información. En otros trabajos he puesto de manifiesto los pros y los contras que en nuestro Derecho podrían tener ambas opciones. La unificación de competencias en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que figuraba en proyectos normativos del anterior Gobierno y que ha sido defendida por múltiples expertos y organizaciones no gubernamentales, tendría ventajas como son, fundamentalmente, la posibilidad de dar una respuesta unitaria y coherente a la publicidad de información que contiene datos personales, aparte de apoyarse sobre una institución ya existente, sólida y con importantes poderes. Ahora bien, cuenta a mi juicio con los siguientes inconvenientes: a) la AEPD tiene un conocimiento especializado en protección de datos. Por tanto, la materia de acceso a la información pública le es ajena, salvo en lo tocante a su conexión con los datos personales. En particular,



anudan a otro tipo de limitaciones al acceso (relaciones exteriores, seguridad pública, persecución de los delitos...); b) la AEPD ejerce sus competencias no solo respecto a entidades públicas, sino también respecto a sujetos privados, pues a ambos se le aplica la LOPD, mientras que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene como obligados a sujetos públicos y solo excepcionalmente a sujetos privados cuando ejercen funciones públicas, por lo que los sujetos controlados bajo una y otra ley son diferentes; c) la AEPD tiene ya una importante carga de trabajo, pues su competencia se extiende a todos los ficheros públicos salvo los autonómicos y locales de Comunidades Autónomas que hayan creado sus propias agencias y a todos los privados, cualquiera que sea el lugar donde están ubicados, junto con competencias sobre videovigilancia o sociedad de la información; y d) la AEPD ha nacido como institución especializada en la protección de los datos. Al extender su competencia a la información, se corre el riesgo (que se ha hecho sentir en otros sistemas) de que continúe actuando en una lógica "defensiva" y lleve a cabo por ello una interpretación restrictiva del principio de transparencia y publicidad cuando la información contiene datos personales, lo que me parece un potencial inconveniente que no conviene desdeñar. En caso de que se hubiera decidido atribuirle la competencia sobre transparencia y acceso a la información, habría, pues, que intentar combatir las mencionadas desventajas. Respecto a los dos primeros puntos, sería necesario fijar que la Agencia integrara claramente la idea de que en adelante es una entidad de transparencia y protección de datos. Se requeriría una nueva cultura que fuera acompañada de una nueva organización interna que reflejara esta dualidad y, en su caso, de un reciclaje formativo de una parte de su personal. En relación con los dos últimos aspectos, sería necesario dotar a la Agencia con un incremento de medios personales y tal vez materiales, e incidir en la formación sobre las nuevas materias. Parece claro que ello no implicaría una duplicación de costes, y que, por tanto, no quedaría anulado el objetivo de ahorro presupuestario. Pero sí hay que asumir que no se puede extender la

En todo caso, el Anteproyecto no ha mirado hacia la AEPD. Tampoco ha querido crear una nueva Institución, algo difícil de vender políticamente en estos tiempos, como se puede incluso leer entre líneas en la Exposición de Motivos ("en aras de la necesaria austeridad exigida por las actuales circunstancias económicas"; obviando por lo demás que el gasto en una Institución que haga eficaz la transparencia, siendo limitado, redundaría entre otros, en una mejor gestión de los recursos públicos) sino que ha decidido atribuir su competencia a una ya existente: la Agencia Estatal ahora denominada de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (la actual AEVAL). La opción en sí, pese a constituir una singularidad hispana, no parece del todo desenfocada, puesto que, en efecto, la transparencia tiene directa relación con la evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios, si bien resulta cuestionable que esta Institución esté preparada para cumplir ambos cometidos y necesitará, en todo caso, una auténtica reestructuración, con incorporación de personal y con un importante esfuerzo de formación de sus recursos humanos. Lo que me parece más importante (o al menos, tanto como lo anterior) es analizar si en efecto estamos en este caso ante una auténtica Institución independiente, como exige la Ley. En principio, no cabe llegar a esa conclusión, puesto que, a diferencia de la AEPD, la AEVAL no tiene la consideración de Administración independiente, sino de Agencia de las reguladas en la Ley 28/2006, de 8 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que la adscribe al Ministerio de Administraciones Públicas (hoy, de Hacienda y Administraciones Públicas). Su Estatuto (Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre) establece, no su independencia, sino su más limitada "autonomía de gestión y funcional dentro de los límites establecidos por la Ley de Agencias Estatales y por este Estatuto", y una estructura orgánica integrada por dos órganos de gobierno: el presidente, nombrado y separado libremente por el Consejo de Ministros, y la propuesta del Ministro de las Administraciones Públicas, y el Consejo Rector, órgano de gobierno colegiado de composición mayoritariamente interministerial y entre cuyas funciones están, entre otras, el seguimiento, supervisión y control superior de la actuación de la Agencia o el nombramiento del personal directivo, que no es por tanto equivalente, ni en su composición ni en sus funciones al Consejo Consultivo de la AEPD. A mi juicio, es ésta la más importante falla del Anteproyecto. Ciertamente, el Anteproyecto modifica la regulación legal para introducir el derecho de veto de la propuesta gubernamental de nombramiento del Presidente, por mayoría absoluta de la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados. Ciertamente también, a resultas de diversas críticas en la prensa en la Comisión de Expertos, entre ellas las por mí formuladas²⁵ acerca de la incompatibilidad de la libre remoción del Presidente y de la configuración interministerial de su órgano de gobierno, la segunda redacción del Anteproyecto dispone ahora causas tasadas para el cese del Presidente, alineándolo ahora con el "lindaje" del propio Director de la AEPD o de los miembros de sus organismos reguladores. No obstante, nos parece que sería necesario regular también una nueva composición y funciones del llamado "Consejo Rector", que debiera pasar a ser un órgano consultivo a semejanza de lo que ocurre con la AEPD, si se man-

tiene la atribución de esta competencia a la actual AEVAL. A mi juicio, sería la solución menos mala dentro del esquema adoptado, pues, como he defendido en otros trabajos, la estructura más idónea, habida cuenta la necesidad de dotar a la institución de la máxima independencia, del carácter complejo y polémico de muchas cuestiones ponderativas que se suscitarán y de la importancia del poder otorgado al órgano, que puede revocar una decisión de las más altas instancias políticas, sería en el ámbito estatal una institución colegiada de nombramiento parlamentario de acceso a la información.

Predicar con el ejemplo es en este caso tanto más importante por cuanto el Anteproyecto impone la solución de la existencia de un órgano independiente respecto de todas las Administraciones, no sólo de la estatal, entendimiento éste que, me parece, explica la apelación al 149.1.1.^a CE como título competencial de refuerzo. Sigue así el modelo adoptado en materia de protección de datos, bendecido por la STC 290/2000, aunque sólo parcialmente, dado que, a diferencia de lo que ocurre en esa materia, en el caso de la transparencia y el acceso a la información la Agencia estatal es competente para conocer reclamaciones contra actuaciones fuera del ámbito de la AGE en caso de falta de creación de su propio órgano independiente sólo si se suscribe el correspondiente convenio con la AGE, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Por tanto, las Comunidades y Ciudades Autónomas pueden, o bien suscribir convenios, o bien están obligadas a determinar (antes del plazo de un año de *vacatio legis* fijado en el Anteproyecto) el órgano independiente competente para la resolución de las reclamaciones "en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, sus Asambleas Legislativas y las instituciones autonómicas análogas al Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas Defensor del Pueblo, así como en los de resoluciones dictadas por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial". Obsérvese que en el caso de las Entidades Locales, el Anteproyecto opta por una solución similar a la contenida en la LOPD, la de atribuir la competencia a un órgano independiente autonómico. Dicho órgano, por cierto, bien podría ser la Agencia autonómica de Protección de Datos (las existentes, Madrid, Cataluña y el País Vasco) o las que puedan crearse haciendo virtud de la necesidad de crear un órgano independiente (salvo convenio con la AGE). Y ello por cuanto la unificación de competencias estaría más claramente justificada en el caso de las agencias autonómicas, en la medida en que muchos de esas desventajas no concurren o lo hacen en menor medida²⁶.

²⁵ En efecto: a) en el ámbito autonómico, la protección de datos es la principal limitación a la transparencia, dado que muchas de las restantes son en principio ajenas al ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas; b) el modelo de agencias autonómicas está aún, en gran medida, por desarrollar, pues, si bien han sido incluso previstas en la mayor parte de la nueva generación de estatutos de autonomía, la realidad es que por el momento sólo se han creado tres, la madrileña, la catalana y la vasca, por este orden temporal, todas ellas, además, más recientes que la española, por lo que es posible aún crear o adaptar (en estos tres casos) una institución que responda plenamente a esta doble lógica ponderada de la publicidad y de la privacidad; c) las Agencias autonómicas ejercen sus funciones exclusivamente sobre ficheros públicos. De este modo, y a partir de una concepción funcional del ejercicio de funciones públicas tanto en materia de acceso a la información como de protección de datos, se llega a una potencial coincidencia en el ámbito de los sujetos obligados; d) finalmente, y como consecuencias de las tres características diferenciales apuntadas, la carga de trabajo de las agencias autonómicas es inferior, por lo que podrían asumir razonablemente la competencia en materia de acceso a la información.

²⁶ "Transparencia: la hora de la verdad", en Diario ABC de 30 de abril de 2012.



La cuestión es sumamente relevante desde el punto de vista de la autonomía decisional porque la competencia más importante de estos órganos independientes (al margen de la elaboración de informes anuales y otras) es la resolución de reclamaciones, que, tal y como están configuradas en el Anteproyecto y aunque no se diga expresamente, ha de entenderse que tienen valor ejecutivo y obligan, pues, en su caso, a facilitar la información que haya sido erróneamente denegada. Así se deriva de su regulación, en la que aparece como sustitutiva de los recursos administrativos y como previa a la vía contencioso-administrativa y de la atribución de sentido desestimatorio al silencio. En el ámbito estatal, se atribuye la competencia para dictarla al Presidente, un poder realmente importante en manos de una sola persona²⁷. ♦

²⁷ Se afirma de forma tangencial, al disponer que "El Presidente de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo y elaborará anualmente una memoria en la que se analice el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este Título".

LA REGULACIÓN ECONÓMICA. EN ESPECIAL, LA REGULACIÓN BANCARIA

**Actas del IX Congreso Hispano-Luso
de Derecho Administrativo**

MANUEL REBOLLO PUIG

(Director)

ISBN: 978-84-9890-197-9
(2012) 752 páginas. 55,00 euros (con IVA)

La crisis económica mundial ha sido sobre todo una crisis financiera. Esto ha llevado al convencimiento generalizado de que en la estabilidad y solidez del sistema financiero están implicados trascendentes intereses generales y que son imprescindibles grandes reformas. Muchas de ellas ya se han emprendido y otras continuarán en los próximos años, todas en el sentido de aumentar la regulación pública y la supervisión administrativa. El estudio y debate sobre esas reformas fue el objeto del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, celebrado en Córdoba, y cuyas actas se recogen en este volumen. Los temas abordados, estructurados sobre tres grandes bloques (la regulación económica y el régimen de las entidades reguladoras; la regulación y supervisión bancaria; y el derecho de la competencia) fueron muy numerosos y abarcaron desde planteamientos más generales a otros de detalle. Frente a la

vorágine normativa y reformadora de los poderes públicos en la economía en general y en el sector financiero en particular, se hace imprescindible el análisis doctrinal sosegado y con amplia perspectiva que aquí se presenta y que pone al descubierto las grandes cuestiones e instituciones. En esa labor, la comparación de las experiencias del ordenamiento español y del portugués ante unos problemas en gran parte comunes resulta claramente enriquecedora. Es ese análisis concienzudo, acompañado de una reflexión crítica pero constructiva, lo que el lector encontrará en esta obra que resultará de gran utilidad no sólo para juristas sino también para gestores públicos y operadores económicos que deben trasladar todos esos cambios normativos a su actividad diaria.

